genommen werden, wenn nicht der Beweis der Ersitzung zur Ungebühr und gegen den Geist des römischen Rechts erleichtert werden soll. Das Thema für den Gegenbeweis ergibt sich nach Obigem von selbst.

XIII.

Zur Lehre vom Besitzerwerbe der Kinder nach römischem Rechte.

Von

Herrn **Dr. August Denzinger**,
Privatdocenten in Würzburg.

(Schluß des Aufsatzes Nr. VII. im vorigen Hefte.)

IV. Von der c. 3. C. de acquirenda et retinenda possessione.

Nach einem im Jahre 250 erlassenen Rescripte des Kaisers Decius (c. 3 C. de acq. et retin. possessione) wird Folgendes verordnet:

> Imp. Decius et Rufino. Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur, interim, licet animi plenus non fuisset affectus [20]), possessionem per traditionem esse quaesitam; alioquin, sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri.

Diese Stelle ist schon seit den Glossatoren den verschiedensten Interpretationen unterworfen worden. Ich werde

---

20) effectus liest ein Mscr. der Universitätsbibliothek zu Leipzig Nr. 883. und das Mscr. der Bamberger Bibliothek. Herrm.

zuerst diejenige mittheilen, welche ich für die richtige halte, hierauf die Ansichten Anderer der Kritik unterwerfen und zuletzt aus diesen Ausführungen praktische Resultate ziehen.

Nach dem einfachen Wortsinn unserer Stelle verfügt der Kaiser, daß Kinder, wenn ihnen, von wem auch immer, Sachen geschenkt und tradirt werden, den erledigten Besitz durch die körperliche Apprehension erwerben, obwohl die Mitwirkung ihrer Geisteskräfte noch nicht eine vollkommene ist. Die Juristen seien zwar darüber verschiedener Meinung, aber man habe doch für rathsamer gehalten so zu entscheiden, weil sonst die infantes auch nicht durch Tradition Besitz erwerben könnten.

Undeutlich sind in der Stelle nur: 1) die Worte interim possessionem esse quaeritam, 2) alioquin nec per tutorem infanti possessio poterit acquiri.

Der Zeitpunkt oder Zeitraum, auf welchen das Wort „interim" hinweist, kann, wie Puchta l. c. S. 52. richtig bemerkt, nur derjenige sein, den der Rescribent durch die unmittelbar vorher gesetzten Worte: licet animi plenus non fuisset affectus anzeigt.

Es fragt sich nun, ob interim auf einen einstweiligen, provisorischen Zustand oder nur auf einen in dem Zeitraum, von dem die Rede ist, fallenden Zeitpunkt geht. Im ersten Falle würde Decius bestimmen, daß der Besitz des Kindes nur bis zu erreichter Verstandesreife gelte, oder daß es nur bis dahin als durch Traditon erworben angesehen werde, im andern Falle würde nur bestimmt sein, daß das Kind, obwohl seine geistige Theilnahme noch nicht vollkommen ist, inzwischen, innerhalb dieses Zeitraums Besitz erwerbe.

Wie Puchta l. c. Anm. 20 ausgeführt hat, würde die letztere Erklärung diejenige sein, welche der richtigeren Bedeutung des Wortes interim entspräche; allein die römischen Juristen halten sich hier nicht immer an den klassischen Sprachgebrauch und gebrauchen mitunter das Wort „interim" synonim mit „interea."

fr. 7. §. 1. mun. hon. 50. 14.
fr. 6. §. 1. D. statut. 40. 7.
Dirksen manuale sub h. v.

Man kann also um so weniger bei einem Kaiser aus der Zeit nach den Antoninen unverbrüchliche Beobachtung der Sprachregeln hiervon erwarten.

In der That spricht der Zusammenhang unserer Stelle dafür, daß durch das Wort interim hier gerade ein interimistisches, einstweiliges Verhältniß bezeichnet werden soll; denn die andere Bedeutung des Wortes würde voraussetzen, daß in der Rede ein Zeitraum bezeichnet wäre; dies ist aber nicht der Fall, sondern es wird nur gesagt, daß licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem interim per traditionem esse quaesitam. Anders würde sich die Sache verhalten, wenn statt des Wortes licet eine conjunctio temporalis, z. B. dum, donec gebraucht worden wäre.

Ist es nun hergestellt, daß hier ein einstweiliger Zustand angedeutet sei, so fragt es sich, in welcher Beziehung diese Einstweiligkeit angenommen werden solle; und hier hat Puchta mit Recht die Ansicht derjenigen verworfen, welche annehmen, daß die Gültigkeit des Besitzes eine provisorische sei, woraus folgen würde, daß vom Augenblicke an, wo das Kind zum vollen Gebrauche seines Verstandes gelange, eine neue Besitzergreifung vorgenommen werden müßte. Abgesehen von der inneren Unwahrscheinlichkeit des durch diese Ansicht begründeten Ergebnisses, kann sie schon deßhalb nicht angenommen werden, weil die Worte: consultius videtur interim possessionem per traditionem esse quaesitam nur eine Erklärung der vorhergehenden Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur (der Besitz wird dem Kinde erworben — also unbedingt) enthalten, also nicht diese Worte in einer so wesentlichen Beziehung zu modificiren bestimmt sein können.

Die Einstweiligkeit des Besitzes besteht vielmehr hin-

sichtlich seiner Modalität. Der Besitz ist, so lange die Verstandeslosigkeit des Kindes währt, ein durch bloße Tradition erworbener (interim per traditionem esse quaesitam); später tritt der animus possidendi von selbst hinzu, und dann verliert der Besitz seine Singularität. Auf diese Weise löst sich das durch das Wort interim verursachte Bedenken am einfachsten auf.

Ein weiterer Gegenstand des Zweifels sind die Worte: alioquin nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri. Welches Rechtsverhältniß ist hier unter acquisitio per tutorem gemeint? In welcher Beziehung steht dieses Rechtsverhältniß zu demjenigen, von welchem die verba decisiva der Konstitution handeln?

Die Worte acquisitio per tutorem können den Besitzerwerb durch einen tutor als Repräsentanten bezeichnen, und in diesem Sinne werden sie gebraucht im fr. 1. §. 20. D. de acq. possess.; allein wie bereits von Puchta l. c. N. 57 bemerkt worden, findet sich keine Spur, daß sie ein technisch fixirter Ausdruck seien, der stets und in jeder Redewendung ausschließlich auf diesen Fall zu beziehen wäre. In der That kann der Ausdruck auch recht wohl die Erwerbung, welche mit Hülfe des Vormundes, durch seine auctoritatis interpositio geschieht, bezeichnen und diese Bedeutung muß gerade hier zu Grunde gelegt werden, da es sich um den Besitzerwerb eines infans handelt und wir gesehen haben, daß bei diesem eine Stellvertretung znm Besitzerwerb nur mit Hülfe der auctoritatis interpositio vorkommen konnte.

Wie kommt aber Decius dazu auf das, was vom Besitzerwerbe des Kindes tutore auctore gilt als auf eine Rechtfertigung für seine Entscheidung sich zu berufen? Ein Causalzusammenhang kann nicht wohl zwischen diesen beiden Fragen angenommen werden. Die Zulassung des Besitzerwerbes ist in beiden Fällen so singulär, so rein positiv, daß sie ganz wohl in dem einen Fall eintreten, in dem anderen unterbleiben kann. — Vielleicht war die Argumen-

tation Papinian's, auf welchen der Kaiser sich beruft, vollständiger, als sie uns von diesem mitgetheilt wird; wie dem sein mag, gewiß ist es, daß es sich nicht um logische, sondern nur um praktische Consequenz handelt. Die Vermittelung dieser Consequenz ist aber nicht schwer zu finden; sie ist nämlich darin gegeben, daß, wenn man so streng sein wollte, bei Kindern durchaus keine Ausnahmen von den gewöhnlichen Regeln des Besitzes zuzulassen, man dies auch nicht hinsichtlich des Besitzerwerbes tutore auctore hätte thun dürfen. Das tertium comparationis ist also, daß in dem einen wie in dem andern Falle die strenge Regel Ausnahmen zulasse.

Dies ist Alles, was sich über die Interpretation dieser Stelle sagen läßt, und ich glaube nicht, daß Gründe vorliegen, einen andern Sinn als den durch den Wortlaut der Stelle begründeten anzunehmen.

Ich gehe nunmehr zur

Würdigung der verschiedenen Ansichten, welche hinsichtlich der Erklärung unserer Stelle bis auf die neueste Zeit vorgekommen sind.

Indem ich hinsichtlich der näheren Einzelnheiten auf die von Savigny a. a. O. S. 252. gegebene Uebersicht verweise, befolge ich die von ihm zu Grunde gelegte Eintheilung der Ansichten in drei Klassen.

Nach der einen Meinung soll in der Constitution ein Besitzerwerb des Kindes ohne Hülfe des Vormunds anerkannt sein, aber ein nur einstweiliger, in Erwartung einer nachgebrachten Auctoritas. Diese Meinung möchte durch das bereits oben Bemerkte widerlegt sein.

Nach einer andern Meinung soll das Rescript voraussetzen, daß bei der Besitzergreifung des Kindes eine auctoritatis interpositio nach den gewöhnlichen Regeln des Besitzerwerbes der Kinder tutore auctore vorgenommen worden sei. Diese Meinung wurde schon vom Glossator Joannes vertheidigt. Nach Alciat's Angabe (Comm. tom. III.

p. 1. in l. 1. §. adipiscimur D. adq. am. poss.) scheint sie zu seinen Zeiten die herrschende gewesen zu sein. Als Hauptrepräsentant derselben muß aber Donellus (Comm. L. V. c. 11.) genannt werden, da dessen Ansicht auf die neuere Zeit einen offenbaren Einfluß geübt hat.

Die Beweisführung des Donellus ist so ansprechend für das Urtheil der Leser, er hat mit so anscheinender Ueberzeugungskraft eine Anzahl von Gründen, von denen jeder einzeln nichts beweist, geordnet, daß man sich ganz speciell mit einer Zergliederung derselben beschäftigen muß, wenn man nicht unwillführlich die Unbefangenheit seines eigenen Urtheils verlieren soll. Darum ist diese Argumentation gesondert zu betrachten, worauf dann noch dasjenige berücksichtigt werden kann, was ihm in neuerer Zeit hinzugefügt worden ist.

Da in der c. 3. C. de adq. poss. von der Nothwendigkeit einer auctoritas tutoris nirgends eine Sylbe vorkömmt, so kann eine Ergänzung der Rede in dieser Beziehung nur durch eine auf dem logischen, systematischen oder historischen Elemente der Auslegung gegründete sichere Gewißheit gerechtfertigt werden; denn schon nach dem Wesen der Sprache ist das Wort der natürlichste Träger des Gedankens und dies gilt um so mehr im Gebiete der Gesetzauslegung, da hier der Richter und Jurist ganz besonders angewiesen erscheint, das geschriebene Wort als nächstes Mittel des Verständnisses anzusehen [21]). Dies ist ein Interpretationsgrundsatz, mit dem sicherlich Niemand so sehr einverstanden ist, als gerade die Gelehrten, welche in neuerer Zeit die Ansicht des Donellus angenommen haben.

Hat nun Donellus eine Gewißheit dafür hergestellt,

---

21) Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est aliud sensisse testatorem, fr. 69. pr. D. de legat. III.

In dubio melius est verbis edicti servire, fr. 1. §. 20. D. exercit. actione.

daß der Sinn des Gesetzes mit den Worten nicht übereinstimme? Durchaus nicht; er verhält sich auf der Grenze zwischen der logischen und der grammatischen Interpretation und beruft sich einerseits auf das Vorliegen einer Antinomie und auf die systematische Einheit im Rechte, welche zu wahren Pflicht des Auslegers ist, andrerseits sucht er durch verschiedene Schlußfolgerungen nachzuweisen, daß die Möglichkeit einer Vereinigung mit den scheinbar widerstreitenden Parallelstellen in der Constitution selbst enthalten sei. Genauer betrachtet, ist aber weder das Dasein eines Widerspruches mit anderen Stellen noch die Uebereinstimmung der vertheidigten Erklärung mit dem Wortlaute des Gesetzes bewiesen.

Donellus weist zuerst auf die in den Pandecten [22]) ausgesprochene Regel, daß Kinder ohne auctoritas des Vormundes nicht Besitz erwerben können, hin.

Da es Pflicht des Richters sei, neu erlassene Gesetze mit Rücksicht auf die vorhergehenden zu erklären, so müsse man suchen bei der c. 3. diejenige Erklärung herzustellen, nach welcher sie am wenigsten mit jenem Grundsatze im Widerspruche steht.

Allein die Regel, daß Kinder ohne auctoritas tutoris nicht Besitz erwerben können, ist, wie das Pandectenrecht selbst beweist, nicht ausnahmslos; dann beweist der Inhalt der c. 3. selbst [23]), daß dieselbe eine singuläre, von den gewöhnlichen Grundsätzen sich entfernende sein soll. Man kann also hier das systematische Element der Auslegung nicht benützen und selbst Donellus ist uns noch immer den Beweis der Zulässigkeit einer Berichtigung des Wortsinnes der Stelle schuldig.

---

22) fr. 1. §. 3. fr. 32. §. 2. D. adq. et am. poss.

22) Nämlich gerade die Art und Weise, wie Decius seine Entscheidung motivirt; — indem er darauf hinweist, daß wenn man hier nicht eine Ausnahme zuläßt, man es auch nicht bei der auctoritas tutoris könne.

Sehen wir nun, wie ihm die andere Seite seiner Beweisführung gelungen sei.

Der Besitz, sagt er, soll nach des Decius eigenen Worten ein corpore erworbener sein. Da bei allem Besitz animus nothwendig ist, dieser animus aber beim Kinde fehlt, so muß er außer dem Kinde vorhanden sein, also durch die auctoritas des Vormundes supplirt werden. Donellus geht also von der Voraussetzung aus, daß es durchaus keinen Besitz ohne animus possidendi geben könne; allein, was verhindert uns anzunehmen, daß hier ausnahmsweise auch ohne animus beim Vorhandensein der bloßen Apprehension der Besitz fingirt werde? Beruht ja doch der Besitzerwerb tutore auctore auf keiner anderen Grundlage? [24])

Decius, fährt Donellus fort, stelle die Frage, welche er entscheidet, als eine bestrittene dar. Es sei aber darüber, ob ein Kind ohne Auctorität des Vormundes Besitz erwerben könne, niemals gestritten worden, wohl aber darüber, ob dies tutore auctore geschehen könne. — Allein, wenn es auch unbestritten war, daß im Allgemeinen ein Kind ohne auctoritas tutoris nicht zum Besitze gelangen könne, so konnte doch möglicherweise über die Frage, ob nicht eine Ausnahme von diesem Grundsatze bei geschenkten und tradirten Sachen eingetreten sei, eine Controverse bestanden haben [25]), und umgekehrt die Frage vom Besitzerwerbe des Kindes tutore auctore, welche nach Donellus die bestrittene wäre, war nach des Paulus Zeugniß zu seiner Zeit unbestritten (receptum est, judicium infantis suppleri auctoritate tutoris).

Endlich findet Donellus eine Bestätigung seiner An-

---

24) Eventuell würde noch immer die Frage erhoben werden müssen, ob die Nothwendigkeit einer Ergänzung des animus possidendi zugestanden, nicht ebensogut der Tradent selbst diese Ergänzung vornehmen könnte. Puchta l. c. S. 51.

25) Puchta l. c. S. 51.

sicht in den Schlußworten der Stelle: alioquin nec per tutorem possessio infanti adquiri poterit. Er geht dabei von der Voraussetzung aus, daß in diesen Worten eine Hinweisung auf den Besitzerwerb der Kinder durch Stellvertreter liege. Von den Verhältnissen eines durch Stellvertreter erwerbenden Kindes könne man nicht auf die eines ohne jene fremde Hülfe, wohl aber auf die eines durch auctoritas tutoris erwerbenden schließen. — In wiefern hier Donellus den wahren Sinn der Argumentation des Decius richtig aufgefaßt habe, hängt zunächst ab von der wahren Bedeutung der Worte per tutorem acquiritur possessio, von welcher bereits die Rede war. Müßte aber auch zugestanden werden, daß diese Worte, wie Donellus annimmt, den Fall einer Stellvertretung bezeichnen, so würde doch noch nicht daraus folgen, daß Decius in dem entscheidenden Theile seiner Constitution nur an die auctoritas tutoris gedacht habe; denn entweder soll die innere Consequenz, welche eine Rechtfertigung des in c. 3. enthaltenen Rechtssatzes begründen soll, eine logische sein; dann kann man ebensowenig von den Rechtsverhältnissen der Stellvertretung auf die der auctoritatis interpositio, als auf die des Besitzerwerbes ohne fremde Beihülfe schließen; oder diese Consequenz ist eine nur praktische, dann ist der Schluß von dem Erwerb durch Stellvertreter auf den bei geschenkten Sachen ohne fremde Hülfe eintretenden, ebenso gültig als der Schluß auf den Erwerb tutore auctore [26]).

Es möchte also Donellus auch den aus dem Inhalte des Rescriptes versuchten Beweis nicht erbracht haben.

Wie aber in der Dogmengeschichte häufig vorkömmt, so haben diejenigen, welche sich an Donellus anschlossen, für seine Ansicht Gründe vorgebracht, an welche man im ersten Stadium des Streites gar nicht dachte. So machte v. Savigny die Bemerkung, daß die einzige Stelle, welche uns eine ausführliche Nachricht vom Besitzerwerb tutore

---

26) Cf. Puchta l. c. S. 55.

auctore liefert, nämlich fr. 32. D. adq. et amitt. possess., nach einer Angabe des Alciat nicht von Paulus, sondern von Papinian herrühre, so daß hierdurch die Vermuthung Grund gewinnt, als ob Decius, indem er sich auf Papinian beruft, gerade an diese Stelle gedacht habe. Es versteht sich aber von selbst, daß v. Savigny diese Entdeckung eben nur als ein indicium betrachtete; denn sehen wir ab von den kritischen Gründen, welche trotz der Angabe des Alciats für die Lesart der Florentina, nach welcher das fr. 32. von Paulus herrührt, streiten, so haben wir noch immer keine Sicherheit darüber, daß Decius gerade an dieses Fragment aus den Schriften Papinian's gedacht habe [27]).

Um so erheblicher, wohl das Erheblichste von allen vorgebrachten ist das Argument, welches v. Savigny in der sechsten Ausgabe seines Werkes über das Recht des Besitzes S. 291. aus der Rescriptsnatur unserer Constitution ableitet. Es werde nämlich hier die Regel, daß Kinder tutore auctore Besitz erwerben können, in einem Rescript auf einen einzelnen Fall angewendet, und dieser Fall müsse so gedacht werden: Ein Kind habe eine ihm geschenkte Sache apprehendirt und der Vormund habe seine auctoritas interponirt. Nun habe man an der Gültigkeit des Besitzes gezweifelt, weil der Vormund den animus possidendi für das Kind gefaßt, das Kind aber die körperliche Handlung selbst vorgenommen habe und also hier die Apprehension und der animus nicht in derselben Person vereinigt gewesen seien. Diese Frage, sagt v. Savigny, sei dem Kaiser vorgelegt worden, welcher durch das in unserer Stelle enthaltene Rescript geantwortet habe [28]). Bedenkt man, daß im fr. 32. D. adq. am. poss., streng genommen ex professo, nur von einer auctoritatis interpositio

27) Puchta l. c. S. 59.

28) Eine ähnliche Erklärung bei Kierulff Theorie des Civ.-R. c. V. §. 14. III.

bei der Vornahme der Apprehension durch den Vormund als Stellvertreter des Kindes gesprochen worden, so gewinnt die von Savigny gegebene Erklärung der Stelle viel für sich, indessen würde doch wohl, wenn der strittige Punkt der von Savigny angegebene gewesen wäre, der Kaiser etwas mehr darauf in seinen Entscheidungsgründen Rücksicht genommen haben, und etwa statt der Worte: licet animi plenus non fuisset adfectus gerade dieses Punktes erwähnt haben. Namentlich aber steht dieser Erklärung entgegen die Fassung der Worte donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur.

Diese Worte können nur eine allgemeine Regel enthalten, sie enthalten die ratio decidendi nicht die decisio; denn sonst könnte nicht im Präsens, sondern es müßte im Perfekto gesprochen sein. Eine Rechtsregel angenommen, muß man auch bei der Interpretation derselben, wie bei der jeder Rechtsregel, auf Seite des Sprechenden vollkommene Genauigkeit im Ausdruck, bis zum Beweise des Gegentheils präsumiren [29].

Es bleibt also nur noch die dritte Ansicht übrig, nach welcher der Satz, daß auch ohne Hilfe des Vormundes ein Besitzerwerb des Kindes unter gewissen Umständen eintreten könne, in der Stelle ausgesprochen sein soll. Diese Ansicht begegnet uns aber in verschiedenen Gestalten. Die Einen meinen, der Besitzerwerb ohne Vormund könne nur in Bezug auf solche Gegenstände angenommen werden, welche

29) Zu den Anhängern der Ansicht des Donellus muß noch gezählt werden Gesterding Ausb. v. Nachf. II. Abh. I. S. 12; denn auch er hält eine auctoritas tutoris hier für nothwendig; nur nimmt er an, daß die auctoritatis interpositio schon bei Gelegenheit der Schenkung, welche nach dem casus legis der Tradition vorherging, geschehen sei. Es soll also die bei dem Rechtsgeschäft, welches der Tradition vorgeht, interponirte auctoritas auch auf die Tradition ihre Wirkung ausdehnen; diese Hebung der Schwierigkeit wird doch nicht überall ausreichen; denn sehr oft wird es geschehen, daß der Vormund bei der Schenkung an die Besitzergreifung nicht denkt oder nicht denken könne, und es ist sogar der Fall möglich, daß ein Anderer als der Pupill, z. B. ein Erblasser desselben, das die causa traditionis bildende Geschäft vornahm.

ein Kind so zu interessiren vermögen, daß man ihm allenfalls einen animus sie zu besitzen zuschreiben kann; dieser Richtung nähert sich Puchta l. c. bedeutend, indem er annimmt, ein Kind könne tradirte Sachen ohne Hilfe des Vormundes besitzen, wenn der Tradent durch seine Anweisung dessen Willen dirigirt und in ihm den auf das Haben und Behalten gerichteten Sinn erweckt und erzeugte z. B. durch die Anweisung, es solle die Sache behalten, wohl aufbewahren lassen, nicht verlieren. Lauter Versuche die Anomalie eines Besitzerwerbes ohne animus possidendi zu beseitigen, Versuche, die zuletzt doch nicht zum Ziele führen; denn, wenn auch das Kind sich um Spielsachen interessirt, wenn es der Anweisung des Tradenten auf das Folgsamste nachhandelt, so hat es doch noch keinen animus possidendi [30]).

Nebstdem würde, wie Gesterding (Ausb. v. Nachf. II. Abth. I. S. 10) bemerkt, die Unterscheidung zwischen Gegenständen, welche das Kind interressiren, oder nicht, den Richter in nicht geringe Verlegenheit setzen; denn zwischen Spielsachen, die ein Kind gewiß interessiren werden, und Grundstücken, welche es in keinem Falle beherrschen kann, gibt es noch eine Menge von Sachen, die ihm gefallen werden und von anderen, auf welche es keinen Werth legt. Gerade so scheitert die Ansicht Puchta's an der praktischen Ausführbarkeit; denn wie soll bei einem Rechtsstreit der Beweis erbracht werden, daß der Tradent, bei der Uebergabe einer Sache in dem Kinde den Willen die Sache zu behalten erweckt habe? Doch wir brauchen uns nicht einmal auf innere Gründe zu berufen; denn Decius versichert zu wiederholtenmalen, daß durch die Tradition, daß corpore der Besitz erworben werde; halten wir uns also an

30) Darum bemerkt Kierulff mit Recht, daß wenn man einmal darauf gefaßt ist, sich eine (nach seiner Ansicht) der Natur der Sache widerstreitende Erklärung dieser Stelle gefallen zu lassen, man ebensogut die andere Erklärung annehmen könne, daß der Kaiser hier einen Besitzerwerb solo corpore gestatten wolle.

seine Worte solange nicht trifftige Gründe für ein anderes Verfahren entscheiden.

Hiemit möchten die wichtigsten und bedeutendsten der verschiedenen Erklärungen unserer Stelle berücksichtigt worden sein.

Es bleibt nunmehr noch übrig, das praktische Resultat, welches sich aus der richtigen Erklärung der Stelle begründen läßt, abzuleiten und dessen Uebereinstimmung mit den Principien der Billigkeit nachzuweisen.

Der Rechtssatz, welcher durch c. 3. C. aqu. vel ret. possess. begründet wird, ist ganz einfach: Wenn einem infans eine Sache geschenkt und tradirt wird und es wird die Apprehension von seiner Seite vollbracht, so soll es dieselbe besitzen.

Es wird nämlich in dieser Konstitution vorausgesetzt: eine geschenkte Sache (donatarum rerum), und da das Gesetz ein singuläres ist, so sind wir nicht befugt dasselbe auf oneros erworbene Sachen auszudehnen; es wird ferner vorausgesetzt die Tradition dieser Sachen (vacua possessio tradita) und endlich die körperliche Apprehension auf Seite des Kindes (corpore quaeritur). Unter diesen Voraussetzungen soll nach des Decius Verordnung dem Kinde der Besitz erworben sein und von weiteren Bedingungen dieses Besitzerwerbes ist keine Rede.

Obwohl bei der positiven Begründung dieses Resultates es nicht nothwendig wäre die Rücksichten der Billigkeit, welche den Kaiser in der angegebenen Weise zu entscheiden bewegen, zu untersuchen, so wird eine kurze Angabe derselben unsere Interpretation noch mehr rechtfertigen und soll darum hier nachfolgen.

Die Rücksichten, welche den Kaiser bewegen konnten im Falle der c. 3 C. de adq. possess. einen vollendeten Besitzerwerb des Kindes anzunehmen, sind von zweifacher Art; einmal solche, welche die Fiktion, als seien alle Erfordernisse des Besitzerwerbes vorhanden zu einer von der Wirklichkeit wenig abweichenden machen, dann solche, welche es

als unbillige Härte erscheinen lassen, wenn diese Fiktion nicht zugelassen wird.

Die Fiktion des vollendeten Besitzerwerbes ist in dem Falle der c. 3 cit. außerordentlich erleichtert; denn, wenn der Besitzer einer Sache sie einem Anderen übergibt, so enthält dieser Akt nicht bloß ein Aufgeben des Besitzes, sondern auch eine Thätigkeit, vermöge welcher derjenige, dem die Sache übergeben wird, bereits eine gewisse faktische Macht über dieselbe erhält. Man bringt die Sache in dessen unmittelbare Nähe, man wehrt bis zum Augenblick, und während des Augenblickes der Uebergabe jede fremde Einwirkung von derselben ab, so daß, wenn man die Lage eines Okkupanten mit der Lage desjenigen, dem eine Sache übergeben wird, vergleicht, dieser im Augenblicke, wo ihm die Sache vom Tradenten überreicht wird, bereits einen Theil desjenigen erlangt hat, was jener erst mit eigener Kraft erlangen muß. Derjenige, dem eine Sache tradirt wird, ist schon beinahe vollkommen in die physische Möglichkeit auf die Sache unmittelbar zu wirken und fremde Einwirkung von ihr auszuschließen gesetzt, und hat damit bereits einen Theil des Besitzerwerbes und zwar gerade den schwierigeren Theil, vor dessen Bedeutung alles Uebrige in den Hintergrund tritt, vollendet.

Eine ähnliche ratio wird im fr. 1 §. 20 D. adq. am. poss. anerkannt i. v.:

> alioquin si dicamus, per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita est, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam asserit possessionem.
>
> Ferner fr. 1 §. 4 D. eod. Si vir uxori cedat possessione, donationis causa, plerique putant, possidere eam, quoniam res facti infirmari jure civili non potest; et quid attinet dicere, non possidere mulierem, quum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem.

Abgesehen von der Tradition wird im Falle der c. 3 cit. die Fiction des vollkommenen Besitzerwerbes noch mehr erleichtert durch den Umstand, daß dem Kinde die tradirte Sache geschenkt worden. Da es sich nämlich um einen rein lucrativen Erwerb handelt, so ist es unzweifelhaft, daß das Kind, wenn es den animus possidendi zu haben fähig gewesen wäre, diesen animus wirklich gehabt haben würde.

Da nun nebstdem nach der Voraussetzung der in c. 2. C. cit. gegebenen Entscheidung das Kind die körperliche Apprehension der Sache vorgenommen haben muß, so ist sicherlich die Fiction nahe liegend, als seien wirklich alle Voraussetzungen des Besitzerwerbes vorhanden, es ist aller Grund vorhanden, über den noch übrig bleibenden Mangel ein Auge zuzudrücken.

Während, wie eben dargethan, die Fiction des vollkommenen Besitzerwerbes eine äußerst natürliche ist, würde es andrerseits eine unbillige Härte sein, diese Fiction nicht zuzulassen. Das einzige nämlich, was das Kind hindert den animus domini zu haben, ist eine äußere Zufälligkeit, sein geringes Alter. Gerade aber gegen die schlimmen, unverdienten Folgen, welche solche äußere Zufälligkeiten in rechtlicher Hinsicht haben können, zu schützen, ist ein dem Menschen natürlicher Gedanke und wurde im römischen Recht als eine Aufgabe der aequitas erkannt, wie dies z. B. aus der Lehre von der in integrum restitutio hervorgeht. Namentlich aber sah man es als eine solche Aufgabe an, die Jugend vor den Gefahren ihrer noch nicht vollendeten Geistesentwickelung zu schützen. So bildet denn die Jugend des Beschenkten im Zusammenhange mit der Tradition, der körperlichen Apprehension und dem Schenkungsverhältnisse das Motiv der Billigkeit, welches den Kaiser Decius zu seiner Verordnung bestimmte.

Stelle ich nun das Gesammtresultat meines Versuches zusammen, so ergeben sich folgende Sätze:

I. An und für sich sind Kinder unter sieben Jahren in der Regel unfähig, Besitz zu erwerben.

II. Auch durch Stellvertreter konnten sie es nach römischem Rechte in der Regel nicht.

III. Die auctoritas tutoris konnte dazu dienen, den mangelnden animus possidendi des Kindes zu ersetzen; und dies konnte ebensowohl dann geschehen, wenn der Pupill die Apprehension der Sache selbst vornahm, als wenn ein Dritter oder der Vormund als Stellvertreter dies besorgte.

IV. Nach der c. 3. C. de adq. vel ret. poss. erwarben Kinder auch dann den Besitz, wenn ihnen allein eine Sache geschenkt und tradirt und die Apprehension von ihnen selbst oder ihren Stellvertretern vorgenommen wird.

XIV.

Ueber das Recht zur Erziehung der Kinder bei getrennter Ehe.

Von

Herrn Sarwey,
Obertribunalrath in Stuttgart.

Die Frage über das Recht zur Kinder-Erziehung bei Ehen, welche durch Scheidung oder in anderer Weise aufgelöst oder getrennt sind, bildet in neuerer Zeit, welche eine unheilvolle Leichtfertigkeit in Auflösung des Ehebands herbeiführte, so häufig den Gegenstand gerichtlicher Erörterung und berührt so wichtige Interessen, daß eine eigene Behandlung dieser, wie sich zeigen wird, bis jetzt nur wenig beachteten Materie wohl gerechtfertigt erscheinen wird. Soll jedoch hiebei ein für die Doctrin annehmbares, für die Praxis dienliches und ausreichendes Resultat gewonnen werden, so ist durchaus nothwendig, tiefer in die philosophischen